Sygn. akt KIO 2593/17

WYROK
z dnia 22 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2017 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, Siemens s.r.o. ul. Siemensowa 1, 15500 Praga 13, Republika Czeska,** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**

przy udziale wykonawcy **Ansaldo Energia S.p.A., Via N. Lorenzi 8, 16152 Genua** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2593/17 po stronie zamawiającego
orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący: ……

UZASADNIENIE

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie (dalej: „zamawiający") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r., poz. 1579; dalej: „ustawa" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Remont *kapitalny turbiny gazowej AE64.3A po 100 000 RGR wraz z obsługą serwisową wlatach 2018-2022",* ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 czerwca 2017, pod numerem 2017 S/104-208302, nr ref. GEK/PMR-ECR/17660/2016.

W dniu 27 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ansaldo Energia S.p.A. (dalej: „Ansaldo" lub „przystępujący").

Na powyższą czynność zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia: Siemens sp. z o.o. oraz Siemens s.r.o. (dalej: „odwołujący") wnieśli w dniu 7 grudnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucili zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ansaldo, mimo iż oferta Ansaldo nie została zabezpieczona wadium w sposób wymagany przez ustawę Pzp, a w konsekwencji należy uznać, że wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione nieprawidłowo, mimo że zamawiający w niniejszym postępowaniu żądał wniesienia wadium.

2) art. 91 ust 1 Pzp, art. 7 ust. 1, 3 Pzp - poprzez wybór oferty Ansaldo jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Ansaldo Energia S.p.A.

Uzasadniając odwołanie wskazał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu wymagał wniesienia wadium. Wymagania dotyczące wadium zostały wskazane w Sekcji nr 8 SIWZ. W Sekcji 9 SIWZ pkt. 9.1. zamawiający wskazał, że termin związania ofertą wynosi 90 dni. Natomiast termin składania ofert wyznaczono na dzień 7 sierpnia 2017 r.

Odwołujący zauważył, iż Ansaldo do złożonej oferty załączył gwarancję przetargową nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r. wraz ze Zmianą nr 1 z dnia 31 lipca 2017r. do gwarancji przetargowej nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r. Dokumenty zostały wystawione przez Bank BGŻ BNP Paribas S.A. Z treści powyższej gwarancji przetargowej tj. Zmiany nr 1 załączonej do oferty Ansaldo Energia S.p.A. wynika, że: „Gwarancja *Przetargowa jest ważna do dnia 5 listopada 2017 roku (włącznie). W konsekwencji musimy otrzymać żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej, zgodnie z powyższymi warunkami przed upływem lub w dniu wygaśnięcia tego terminu".* Jednocześnie poniżej znajduje się postanowienie, że „Żądanie *zapłaty zawierające powyższe oświadczenie musi zostać przesłane do naszego banku listem poleconym lub w formie komunikatu SWIFT, w obu przypadkach za pośrednictwem Państwa Banku, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu wypłaty z gwarancji są podpisami osób upoważnionych do zaciągania zobowiązań finansowych w imieniu Państwa Spółki. Dokumenty te muszą się znaleźć w naszym posiadaniu w Centrali Banku w Warszawie, przy ul. Kasprzaka 10/16, najpóźniej we wskazanym dniu upływu ważności gwarancji tj. 24 października 2017 roku".*

Odwołujący podkreślił, że w dniu 12 września 2017 r. zamawiający zwrócił się do Banku BGŻ BNP Paribas S.A. o wyjaśnienie rozbieżności w dokumencie „Zmiana nr 1 z dnia 31 lipca 2017r. do gwarancji przetargowej nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r." Również 12 września 2017 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy - Ansaldo o wyjaśnienie powyżej wskazanej rozbieżności.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego, Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w piśmie z dnia 14 września 2017 r. przesłał skorygowany dokument pn. Zmiana nr 1 z dnia 31 lipca 2017 do gwarancji przetargowej nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017r., w którym wyjaśniono, że żądanie zapłaty musi się znaleźć w posiadaniu Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Centrali Banku w Warszawie, przy ul. Kasprzaka 10/16, najpóźniej we wskazanym dniu upływu ważności gwarancji tj. 5 listopada 2017 roku". Ansaldo w piśmie z dnia 27 września 2017r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 września 2017 r. wskazało, że wyjaśnienia co do błędu w załączonej do oferty gwarancji przetargowej zostanie przesłane bezpośrednio przez Bank BGŻ BNP Paribas S.A.

Odnosząc się do powyższego odwołujący wskazał, że wadium powinno być wniesione i ważne w taki sposób, by zabezpieczało cały okres związania ofertą. Art. 45 ust. 3 Pzp przewiduje, że wadium powinno być wniesione przed terminem składania

ofert zaś zwrócone wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, któremu to zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano, (art. 46 ust. 1, ust. 1a Pzp).

Wskazał, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego i od niego niezależnym, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły. (Art. 45 Pzp red. Jaworska 2017, wyd. 3/M. Jaworska). Zauważył także, że udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowej odbywa się na piśmie pod rygorem nieważności (art. 81 ust. 2 Prawa Bankowego).

Zdaniem odwołującego, załączona do oferty Ansaldo gwarancja przetargowa nie spełnia powyżej wskazanych przesłanek, bowiem analizując treść tej gwarancji przetargowej nie można przyjąć, że zamawiający może zgłosić żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej przez cały okres związania ofertą tj. przez 90 dni. Wręcz przeciwnie, z powyżej cytowanej treści gwarancji przetargowej wynika, że zamawiający może zgłosić żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej do dnia 24 października 2017 r. tj. przez pierwszych 79 dni terminu związania ofertą.

Odwołujący podkreślił, że wadium nie można uzupełnić, ponieważ przepisy Pzp nie przewidują takiej możliwości. W związku z powyższym powyższe, a w szczególności uwzględniając okoliczność, że :
a) termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 7 sierpnia 2017r.,

wymagany przez zamawiającego b) termin związania ofertą wynosi 90 dni,
c) złożona wraz z ofertą Ansaldo gwarancja przetargowa nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r. wraz ze Zmianą nr 1 z dnia 31 lipca 2017 do gwarancji przetargowej nr /002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r. przewiduje, że zamawiający może zgłosić żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej do dnia 24 października 2017 r.
d) Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w piśmie z dnia 14 września 2017 r. (czyli po terminie składania ofert) przesłał skorygowany dokument pn. Zmiana nr 1 z dnia 31 lipca 2017 do gwarancji przetargowej nr /002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r., w którym

wskazano, że żądanie zapłaty musi się znaleźć w posiadaniu Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Centrali Banku w Warszawie, przy ul. Kasprzaka 10/16, najpóźniej w 5 listopada 2017 roku", należy uznać, że złożona wraz z ofertą Ansaldo gwarancja przetargowa nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r. wraz ze Zmianą nr 1 z dnia 31 lipca 2017 do gwarancji przetargowej nr /002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r. nie stanowiła prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpieczała w pełni interesów zamawiającego i nie dawała zamawiającemu możliwości wypłaty wadium przez cały okres związania ofertą tj. przez 90 dni, a jedynie przez 79 dni, tj. do 24 października 2017r. W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że wykonawca Ansaldo wniósł wadium w sposób nieprawidłowy lub można również uznać, że nie wniósł wadium na cały okres związania ofertą, co powoduje, że ziściła się przesłanka odrzucenia oferty Ansaldo z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Odwołujący wskazał następnie, że treść gwarancji przetargowej wraz ze Zmianą nr 1 oraz treść Zmiany nr 2 z dnia 27 października do przetargowej nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r. złożone przez Ansado w dniu 31 października 2017r. nie obejmują wszystkich sytuacji określonych w art. 46 ust. 4 a Pzp, których zaistnienie upoważnia zamawiającego do zatrzymania wadium. Określenie warunków zapłaty wadium w sposób węższy aniżeli warunki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, powoduje, że wadium nie może być uznane za

prawidłowo wniesione. Zgodnie z art. 46 ust. 4 a Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
W myśl cytowanego przepisu, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca:
1) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył:
a) oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, spełnianie tzw. wymagań przedmiotowych określonych przez zamawiającego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia),

b) oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp (oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego),
c) wymaganych pełnomocnictw;
2) nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP (omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty).

W powyżej wskazanych dokumentach, złożonych przez Ansaldo nie przewidziano możliwości zatrzymania wadium przez Zamawiającego w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp. Określenie warunków zapłaty wadium w sposób węższy aniżeli warunki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, powoduje, że wadium nie może być uznane za prawidłowo wniesione, a jak wyżej wskazał odwołujący wadium nie może być uzupełniane. Z uwagi na to, że Ansaldo wniosła wadium w sposób nieprawidłowy ziściła się przesłanka odrzucenia oferty Ansaldo z art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp.

Reasumując odwołujący stwierdził, że zamawiający wbrew obowiązującym przepisom zaniechał odrzucenia oferty Ansaldo, co narusza również art. 91 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1, 3 Pzp, ponieważ zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę Ansaldo, która z uwagi na powyżej wskazane okoliczności powinna podlegać odrzuceniu. Należy zatem przyjąć, że wybór oferty Ansaldo, nie został dokonany zgodnie z przepisami PZP i kryteriami ustalonymi przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 grudnia 2017 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując, że po sprawdzeniu ofert, które zostały złożone w postępowaniu stwierdził, iż wykonawca Ansaldo w celu zabezpieczenia złożonej oferty przedłożył gwarancję przetargową Nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r., w której jako termin ważności gwarancji wpisany był 24 października 2017 r. oraz Zmianę nr 1 z dnia 31 lipca 2017 r. do gwarancji przetargowej Nr GW/002951/17, w której termin ważności gwarancji określony został na dzień 5 listopada 2017 r. Jednocześnie w powyższym dokumencie w akapicie dotyczącym sposobu przesłania dokumentów do gwaranta znajdował się zapis: „Żądanie zapłaty zawierające powyższe oświadczenie musi zostać przesiane do naszego banku listem poleconym lub w formie komunikatu SWIFT, w obu

przypadkach za pośrednictwem Państwo banku, który potwierdzi, że podpisy złożone

na żądaniu wypłaty z gwarancji są podpisami osób upoważnionych do zaciągania zobowiązań finansowych w imieniu Państwa Spółki. Dokumenty te musza się znaleźć w naszym posiadaniu w Centrali Banku w Warszawie, przy ul. Kasprzaka 10/16, najpóźniej we wskazanym dniu upływu ważności gwarancji tj. w dniu 24 października 2017 roku."

Zamawiający wyjaśnił, że w związku z powyższym wezwał wykonawcę Ansaldo do wyjaśnień oraz skierował pismo do Gwaranta dotyczące wyjaśnienia ww. rozbieżności. Zamawiający podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza kilkakrotnie wypowiadała się o możliwości, a wręcz o obowiązku Zamawiającego do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących dokumentów wadialnych składanych przez wykonawców (np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 150/12, z dnia 24 kwietnia 2017r., sygn. akt: KIO 632/17). Zamawiający podkreślił także, że nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu stanowiącego wadium, a do złożenia wyjaśnień.

Wskazał, że w dniu 18 września 2017 r. wpłynęło wyjaśnienie od Gwaranta o treści: „W odpowiedzi na wyżej wymienione pismo uprzejmie informujemy, że w dniu 31 lipca 2017 roku wystawiliśmy Zmianę nr 1 do Gwarancji Przetargowej nr GW/002951/17 na kwotę 800 000,00 PLN przedłużającą termin ważności przedmiotowej Gwarancji do dnia 05 listopada 2017 roku. Równocześnie w wyniku naszej omyłki pisarskiej w zdaniu poniżej pozostała data z pierwotnej treści gwarancji. W tym stanie rzeczy potwierdzamy, że zgodnie z księgami naszego Banku Gwarancja Przetargowa nr GW/002951/17 jest ważna do dnia 05 listopada 2017 roku (włącznie). Żądanie wypłaty musi znaleźć się w naszym posiadaniu w Centrali Banku w Warszawie, przy ul. Kasprzaka 10/16, najpóźniej w dniu 05 listopada 2017 roku." Ponadto Gwarant wraz z wyjaśnieniem przesłał oryginał skorygowanej zmiany nr 1.

Zdaniem zamawiającego, w przedstawionym powyżej stanie sprawy musiał on przesądzić, czy przysługuje mu uprawnienie do skorzystania ze złożonego przez Wykonawcę Ansaldo dokumentu stanowiącego wadium i czy zrealizowana została funkcja wadium, której istotą jest zabezpieczenie złożonej oferty. Stwierdził, że stosując wykładnię z art. 65 k.c., który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, nie można stwierdzić inaczej. W ocenie Zamawiającego kontekst sytuacyjny w przedmiotowej sprawie nie

może budzić wątpliwości. Fakt złożenia dokumentu z ważnością do dnia 24 października 2017 r., a następnie aneksu do ww. dokumentu z datą ważności do dnia 5 listopada 2017 r, bezsprzecznie wskazuje, iż Ansaldo przedłożył aneks do gwarancji celem zabezpieczenia złożonej przez siebie oferty, dla skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia i w związku ze zmianą terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Nawet jeśli w końcowym fragmencie aneksowanego dokumentu nie została poprawiona jedna z dat wynikających z pierwotnej treści gwarancji to traktować to można wyłącznie jako oczywistą omyłkę pisarską. Gdyby bowiem zamiarem wykonawcy było utrzymanie pierwotnego terminu upływu ważności gwarancji to nie przedkładałby zamawiającemu żadnego aneksu do treści gwarancji. Zdaniem zamawiającego oczywistym jest, że skoro gwarant przedłużył termin ważności gwarancji wadialnej do dnia 5 listopada 2017r., wyraźnie wskazując w jej treści, że jest ważna do tego dnia, to nielogicznym i pozbawionym sensu byłoby ograniczenie terminu na zgłoszenie przez zamawiającego żądania zapłaty sumy gwarancyjnej do dnia 24 października 2017r. Omyłka ta jest niewątpliwa, bezsporna i widoczna na pierwszy rzut oka.

Na poparcie swojego stanowiska zamawiający przywołał także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 150/12, w którym Izba powołała się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007r. (sygn. akt IV CSK 95/07), gdzie Sąd Najwyższy odniósł się do zasad wykładni wynikających z art. 65 k.c. zwracając uwagę, iż: „ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić

zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Kłóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy poza „kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 kc). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej)". Dalej Izba stwierdziła, że „podziela w tej kwestii stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r, (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postepowania o udzielenie

zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizacje zasad Pzp. Stad przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy „…". Trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę wyrażoną w art 7 ust. 1 Pzp nakazującą zamawiającemu przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców, w konsekwencji czego zamówienie udzielone zostanie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Izba podkreśla, iż formalizm - jak słusznie wskazał zamawiający - ma przede wszystkim gwarantować realizację wyrażonych w art. 7 ust. 1 zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, nie tracąc jednocześnie z pola widzenia celu postępowania o zamówienie publicznego, którym jest zawarcie ważnej umowy i realizacja przedmiotu zamówienia. Tym samym granice formalizmu zakreślone są przez ustawę, która pozwala na udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą (art, 7 ust. 3 Pzp). (...) Zdaniem Izby za oczywistą omyłkę pisarską należy uznać podanie w treści gwarancji w nazwie przedmiotu zamówienia, obejmującego bieżące utrzymanie i pielęgnację zieleni na terenie miasta Kalisza w latach 2012 — 2013 — rejon I, jako końcowej daty świadczenia usług roku 2913 (zamiast 2013). Analogicznie Izba ocenia podanie, jako daty końcowej okresu obowiązywania gwarancji wadialnej, na co wskazuje użycie słów dnia 13.02.2014 r, (zamiast 2012). Oczywistym - w świetle zasad doświadczenia życiowego - jest, iż data końcowa (w tym przypadku obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej) musi być późniejsza, niż początkowa. Uwzględniając fakt, że kwestionowana gwarancja wadialna miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu (z treści gwarancji wprost wynika jej cel „gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium" stanowiąca „zabezpieczenie zapłaty wadium" przez odwołującego na rzecz beneficjenta: miasta Kalisz w postępowaniu, którego nazwa także jest podana) nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca przedkładał ją, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę wadium w celu skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, zatem wyłącznie jako omyłkę pisarską należy potraktować podanie roku 2011 jako końcowego roku obowiązywania gwarancji. Odmienna ocena nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji, ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, w świetle których dokument gwarancji ubezpieczeniowej zawierający końcową datę obowiązywania wcześniejszą, niż data początkowa pozbawiony byłby sensu."

W ocenie zamawiającego tak jak w stanie faktycznym rozpatrywanym w przywołanym orzeczeniu, tak i w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego zarówno treść gwarancji, okoliczność przedłużania jej ważności ze względu na zmianę terminu składania ofert, a także zasady logicznego rozumowania i doświadczenie

życiowe pozwalają na stwierdzenie, iż wykonawca Ansaldo przedłożył gwarancję, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę wadium w celu skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, zatem wyłącznie jako omyłkę pisarską należy potraktować podanie w jednym miejscu dokumentu daty 24 października 2017 r. jako daty złożenia dokumentów do banku, podczas gdy w zdaniu, w którym określony jest termin ważności gwarancji znajduje się równocześnie zapis, z którego wynika, że żądanie zapłaty musi być złożone także w tym terminie („Gwarancja Przetargowa ważna jest do dnia 05 listopada 2017 roku (włącznie).

Ponadto zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 54/2011, w którym Izba zwróciła uwagę na konieczność dokonywania ustaleń dotyczących prawidłowości wniesienia wadium nie tylko przez pryzmat literalnej treści gwarancji, ale także z uwzględnieniem wykładni oświadczenia woli przez pryzmat art.65 k.c.

Zamawiający odnosząc się kolejno do zarzutu odwołującego, iż treść gwarancji przetargowej nr GW/002951/ nie obejmuje wszystkich sytuacji określonych w art. 46 ust 4 a ustawy wskazał, że w gwarancji złożonej przez Ansaldo znajduje się następujący zapis: „Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r poz. 2164, z późniejszymi zmianami), zwanej dalej „Ustawą", nie złożył, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, co skutkowało niemożnością wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej."

Podkreślił, iż powyższy zapis jest niemal odzwierciedleniem treści art. 46 ust. 4a ustawy, wskazującego na podstawy uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium. W tym przypadku również już na pierwszy rzut oka widać, że zawiera on oczywistą omyłkę pisarską poprzez opuszczenie przy wskazaniu art. 25 ust. 1 ustawy litery „a" tego przepisu. Inaczej powoływanie się dwa razy na treść tego samego art. 25 ust. 1 ustawy i wskazując 2 rodzaje oświadczeń byłoby pozbawione logicznego

sensu. W oświadczeniu gwaranta wyraźnie rozróżniono 2 rodzaje przypadków uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium: w postaci niezłożenia przez Wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, a de facto, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy. Jest logicznym, że chodzi tu o oświadczenie (wskazane wyraźnie w liczbie pojedynczej), o którym stanowi właśnie art. 25a ust. 1 ustawy, a nie o oświadczenia (wskazane w przepisie w liczbie mnogiej), o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Gdyby, zgodnie z twierdzeniem odwołującego, gwarancja miała zabezpieczać tylko pierwszy przypadek uprawnień zamawiającego do zatrzymania wadium, wówczas w jakim celu miałby zostać wskazywany dodatkowo drugi przypadek w postaci niezłożenia przez Wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp a de facto w art. 25a ust. 1 ustawy. Byłoby to nieracjonalne na tle przytoczonego zapisu, nieusprawiedliwione i pozbawione sensu. Należy wyraźnie rozróżnić sytuację, w której gwarancja nie zawiera w ogóle przypadku wynikającego z art. 46 ustawy, pozwalającego na zatrzymanie wadium od sytuacji, gdy wskazuje wszystkie te przypadki, zawierając jedynie widoczną gołym okiem omyłkę pisarską przez opuszczenie jednego elementu oznaczenia przepisu. Nieuprawnionym byłoby na tle zapisu zawartego w gwarancji pomijanie jego części twierdząc, że nie ma ona znaczenia w sprawie, podczas gdy wyraźnie z kontekstu wynika, że wskazuje na przypadek zabezpieczający uprawnień zamawiającego. Ponadto w ocenie zamawiającego powyższy zapis i tak zapewnia mu możliwość do zatrzymania wadium w przypadku, gdyby wykonawca nie uzupełnił oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że jak pokazuje orzecznictwo, treść gwarancji nie musi zawierać cytowania w całości art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp i dopuszczalne jest odesłanie

do tych przepisów, jak również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, czy też odwołanie się do zapłaty sumy gwarancyjnej na zasadach określonych w ustawie. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2010/16: „Dodatkowo można zauważyć, że treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu ustawy. z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a za wystarczające uznać należy opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty; możliwe jest także odesłanie do przepisów prawa określających warunki zapłaty czy też wskazanie, że bank zapłaci sumę gwarancyjną na zasadach

określonych w ustawie". Stanowisko takie znajduje także odzwierciedlenie np. w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt. X Ga 189/13, lub wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 311/15.

Zamawiający zauważył, iż w gwarancji złożonej przez Ansaldo Energia S.p.A. nie tylko znajduje się odwołanie do ustawy Pzp, gdzie przepis art. 46 ust. 4a i ust. 5 przytoczono w całości i chociaż w wyniku omyłki przy powołaniu się na art. 25 nie dodano lit. „a" przy oznaczeniu oświadczenia, to na wstępie przywołany został art. 26 ust. 3, który dotyczy uzupełniania zarówno oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 jak i oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Ponadto na wstępie dokumentu znajduje się odniesienie do pkt. 8 SIWZ, w którym to przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4 a i ust. 5 zostały przytoczone w całości. Powyższe, zdaniem zamawiającego powoduje, iż w sytuacji ewentualnego nieuzupełnienia przez wykonawcę Ansaldo oświadczenia z art. 25a ust. 1 ustawy, uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium z tego tytułu byłyby zapewnione.

Mając na uwadze powyżej zaprezentowane stanowisko zamawiający za bezzasadne uznał zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez niego art. 89 ust. 1 pkt. 7b), oraz art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1, 3 ustawy w konsekwencji czego wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy

kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Ansaldo Energia S.p.A., zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła:

I. W dniu 27 lipca 2017 r. Bank BGŻ BNP Paribas S.A. wystawił **Gwarancję Przetargową nr GW/002951/17,** zgodnie z którą:
„Zostaliśmy *poinformowani, ze nasz Klient - spółka Ansaldo Energia Spa, Via N. Lorenzi 8, 16152 Genua, Włochy, zwana dalej "Wykonawcą" bierze udział w postępowaniu wtrybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Remont kapitalny turbiny gazowej AE64 3A po 100 000 RGR wraz z obsługą serwisową w latach 2018-2022, Przetarg Nr GEK/PMR-ECR/17660/2016, a także, że złożenie oferty objęte jest wymogiem przedłożenia gwarancji przetargowej zgodnie z pkt. 8 Specyfikacji Istotnych WarunkówZamówienia. W związku z powyższym my, Bank BGŻ BNP Paribas S.A., z siedzibą wWarszawie przy ul. Kasprzaka 10/16, 01-211 Warszawa, wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy wWarszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000011571, NIP: 526-10-08546, posiadającym kapitał zakładowy wwysokości 84238 318,00 zł, który został wcałości wpłacony, niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązujemy się do zapłaty na rzecz Państwa spółki jakiejkolwiek kwoty lub kwot do maksymalnej wysokości 800.000,00 PLN (słownie: osiemset tysięcy złotych), łącznie, po otrzymaniu od Państwa spółki ("Organu Zlecającego") pisemnego, należycie podpisanego żądania wypłaty na pierwsze żądanie, zawierającego oświadczenie, że:
Wykonawca, wodpowiedzi na wezwanie, o którym mowa wart. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późniejszymi zmianami), zwanej dalej „Ustawą” nie złożył z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, oświadczeń lub dokumentówpotwierdzających okoliczności, o których mowa wart. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa wart. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictwlub nie wyraził zgody na poprawienie omyłek,

o których mowa wart. 87 ust. 2 pkt. 3) Ustawy, co skutkowało niemożnością wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej, lub Wykonawca, po otrzymaniu informacji o wyborze jego oferty wokresie przetargowym wiążącym Wykonawcę:
a) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych wpostępowaniu przetargowym, lub
b) nie złożył wymaganej gwarancji przetargowej zgodnie z warunkami umowy, lub
podpisanie umowy c) stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
Gwarancja Przetargowa ważna jest od dnia jej wystawienia do dnia 24 października 2017 roku (włącznie). W konsekwencji, musimy otrzymać żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej, zgodnie z powyższymi warunkami, przed upływem lub wdniu wygaśnięcia tego terminu.
Po upływie terminu ważności, Gwarancja Przetargowa stanie się nieważna pod każdym względem, nawet jeśli nie zostanie do nas zwrócona.
Niniejsza Gwarancja Przetargowa podlega prawu polskiemu i będzie interpretowana zgodnie z tym prawem.
Żądanie wypłaty zawierające powyższe oświadczenie musi zostać przesłane do naszego banku listem poleconym lub wformie komunikatu SWIFT, wobu przypadkach za pośrednictwem Państwa banku, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu z gwarancji są podpisami osób upoważnionych do zaciągania zobowiązań finansowych wimieniu Państwa spółki. Dokumenty te muszą się znaleźć wnaszym posiadaniu w Centrali Banku wWarszawie, przy ul Kasprzaka 10/16, najpóźniej we wskazanym dniu upływu ważności Gwarancji, tzn. wdniu 24 października 2017 roku.”

II. W dniu 31 lipca 2017 r. w związku ze zmianą terminu składania ofert została wystawiona **Zmiana nr 1 do gwarancji przetargowej nr GW/002951/17 z dnia 27 lipca 2017 r.** W powyższej zmianie wskazano, że:

„… Wykonawca, wodpowiedzi na wezwanie, o którym mowa wart. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późniejszymi zmianami), zwanej dalej „Ustawą" nie złożył z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, oświadczeń lub dokumentówpotwierdzających okoliczności, o których mowa wart. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa wart. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictwlub nie wyraził zgody na poprawienie omyłek,

o których mowa wart. 87 ust. 2 pkt. 3) Ustawy, co skutkowało niemożnością wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej, lub Wykonawca, po otrzymaniu informacji o wyborze jego oferty wokresie przetargowym wiążącym Wykonawcę:
a) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych wpostępowaniu przetargowym, lub
nie b) złożył wymaganej gwarancji przetargowej zgodnie z warunkami umowy, lub
c) podpisanie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
Gwarancja Przetargowa ważna jest od dnia jej wystawienia do dnia 5 listopada 2017 roku (włącznie). W konsekwencji, musimy otrzymać żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej, zgodnie z powyższymi warunkami, przed upływem lub wdniu wygaśnięcia tego terminu.
Po upływie terminu ważności, Gwarancja Przetargowa stanie się nieważna pod każdym względem, nawet jeśli nie zostanie do nas zwrócona.
Niniejsza Gwarancja Przetargowa podlega prawu polskiemu i będzie interpretowana zgodnie z tym prawem.
Żądanie wypłaty zawierające powyższe oświadczenie musi zostać przesłane do naszego banku listem poleconym lub wformie komunikatu SWIFT, wobu przypadkach za pośrednictwem Państwa banku, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu z gwarancji są podpisami osób upoważnionych do zaciągania zobowiązań finansowych wimieniu Państwa spółki. Dokumenty te muszą się znaleźć wnaszym posiadaniu w Centrali Banku wWarszawie, przy ul Kasprzaka 10/16, najpóźniej we wskazanym dniu upływu ważności Gwarancji, tzn. wdniu 24 października 2017 roku".

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zgodzić należało się z odwołującym, iż dokument gwarancji wadialnej nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ani też nie może podlegać wyjaśnieniom na podstawie art. 87 ust. 1 ww. ustawy, bowiem nie stanowi

treści oferty. Wskazać jednak należy, że w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi, ale umowami, co powoduje, że do wykładni oświadczeń woli w nich zawartych znajduje zastosowanie nie tylko przepis art. 65 § 1, ale i 65 § 2 k.c. Gwarancja jest bowiem umową pomiędzy bankiem - gwarantem a beneficjentem gwarancji, przy czym stroną jednostronnie zobowiązaną jest bank wystawiający gwarancję. Jego zobowiązanie ma charakter pieniężny, czyli polega na zapłacie określonej sumy pieniężnej, w razie wykonania przez uprawnionego (beneficjenta gwarancji) praw z gwarancji.

KIO wielokrotnie wskazywała już, że treść gwarancji wadialnej podlega wykładni (np. KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13). Przykładowo w wyroku w sprawie o sygn., akt 54/11, Izba wskazała, iż: "omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (...) nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium (...) Izba stwierdziła, że "w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 kc, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (...)".

Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (przystępującego i gwaranta – banku – BGŻ BNP PARIBAS) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji przetargowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym przystępujący chciał wziąć udział. Fakt złożenia dokumentu z dnia 27 lipca 2017r. z ważnością gwarancji wadialnej do dnia 24 października 2017 r., a następnie Zmiany nr 1 z dnia 31 lipca 2017 r. z datą ważności gwarancji do dnia 5 listopada 2017 r., zdaniem Izby bezsprzecznie wskazuje, iż przystępujący przedłożył aneks do gwarancji celem zabezpieczenia złożonej przez siebie oferty, dla skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia w związku ze zmianą terminu składania ofert. Izba uznała, że brak zmiany daty w końcowym fragmencie aneksowanego dokumentu i pozostawienie go w brzmieniu zawartym w umowie z dnia 27 lipca 2017 r. stanowiło oczywistą omyłkę pisarską. Gdyby bowiem zamiarem wykonawcy było utrzymanie pierwotnego terminu upływu ważności gwarancji to przystępujący nie przedłożyłby, jak słusznie zauważył zamawiający, żadnego aneksu do treści gwarancji. Oczywistym jest, że skoro gwarant przedłużył termin ważności gwarancji wadialnej do dnia 5 listopada 2017 r., wyraźnie wskazując w jej treści, że jest ważna do tego dnia, to nielogicznym byłoby ograniczenie terminu na zgłoszenie

przez zamawiającego żądania zapłaty sumy gwarancyjnej do dnia 24 października 2017 r. Podkreślić należy, że w aneksie wyraźnie stwierdzono, że: „gwarancja *przetargowa ważna jest do dnia 5 listopada 2017 roku (włącznie). W konsekwencji, musimy otrzymać żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej, zgodnie z powyższymi warunkami, przed upływem lub wdniu wygaśnięcia tego terminu".*

Tym samym stwierdzić należy, iż nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy. Dlatego też Izba stwierdziła, iż błędne oznaczenie daty, do której zamawiający ma złożyć żądanie wypłaty oznaczone jako dzień 24 października 2017r., pomimo, iż gwarancja przetargowa ważna jest do dnia 5 listopada 2017 r., w sytuacji gdy gwarancja została złożona przed terminem składania ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona gwarancja przetargowa jest nieprawidłowa.

Wskazać należy, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji bankowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy Pzp i art. 65 k.c. (por. wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., w sprawie 765/13 784/13).

W wyroku KIO z dnia 8 października 2009 r. Izba podniosła z kolei, że: "W odróżnieniu od czynności procesowych (w rozumieniu kpc, jak i ustawy oraz jej przepisów wykonawczych) regulowanych ściśle zarówno w zakresie zawartości, jak i formy wnoszenia niezbędnych dla wywołania określonych, procesowych skutków prawnych, oświadczenia woli wywołujące skutki zobowiązaniowe, takie jak oferty wykonania zamówienia publicznego czy gwarancje wadialne składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia również podlegały będą tego rodzajowi wykładni w szerokim zakresie wpływu na ich znaczenie zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów warunkujących ich interpretacje w ramach regulujących przepisów. (vide: KIO/UZP 1401/09, LEX nr 533265).

Przywołania wymaga również stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż "formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy

należy brać pod uwagę cel ustawy (...)".

Reasumując Izba stwierdziła, że mając na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu

zamawiającego wadium spełniające jego typowe funkcje i pozwalające zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

W tym miejscu odnieść należy się do zarzutu odwołującego, iż treść gwarancji złożona przez przystępującego nie obejmuje wszystkich sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a Pzp. Izba uznała powyższy zarzut za nieuzasadniony.

Zdaniem Izby pominięcie przy wskazaniu art. 25 ust. 1 ustawy stanowiło oczywistą omyłkę pisarską. W oświadczeniu gwaranta wyraźnie rozróżniono 2 rodzaje przypadków uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium: w postaci niezłożenia przez Wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy. Jest logicznym, że chodzi tu o oświadczenie (wskazane wyraźnie w liczbie pojedynczej), o którym stanowi właśnie art. 25a ust. 1 ustawy, a nie o oświadczenia (wskazane w przepisie w liczbie mnogiej), o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Izba podkreśla, że należy wyraźnie rozróżnić sytuację, w której gwarancja nie zawiera w ogóle przypadku wynikającego z art. 46 ust. 4a Pzp, pozwalającego na zatrzymanie wadium od sytuacji, gdy wskazuje wszystkie te przypadki, zawierając jedynie widoczną gołym okiem omyłkę pisarską przez opuszczenie jednego elementu oznaczenia przepisu, tj. litery „a". Z tego względu Izba uznała, że w przypadku ewentualnego nieuzupełnienia przez przystępującego oświadczenia z art. 25a ust. 1 ustawy, zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania wadium z tego tytułu.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu, w związku z czym Izba odwołanie oddaliła.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:……